POR

FRANCISCO IORGE DE Campos, vezino de la ciudad de Cadiz.

EN EL PLEYTO

Con D. Ysabel Camacho, muger de Benito Gomez, vezina de la dicha ciudad.

SOBRE

Confirmar, o reuocar el auto de vista, en que se denegó la prueua ofrecida por la dicha doña Ysabel.

En Granada, en casa de Blas Martinez, mercader é impressor de libros, en la libreria. Año 1635.

1 ENITO Gomez vẽdio al dicho Francisco Iorge vn campo de cereria, que auia comprado constãte el matrimonio con la dicha doña Ysabel, en precio de 7U800. ducados, los 5U500. que el dicho Francisco Iorge auia de pagar en moneda de plata doble a diferentes plazos, y los 2U300. restantes de dos censos, de que se hazia cargo, que el vno es de mil ducados, que se auia de redimir en plata, y con pacto y condicion, que pagando Francisco Iorge los dos mil ducados del primer plazo, se le auia de entregar luego el campo de cereria, y a ello se obligò en forma el dicho Benito Gomez por la escritura de venta, con clausula guarentigia, constituto, y las demas ordinarias.

2 ¶ En virtud desta escritura el dicho Francisco Iorge depositò los 2U. ducados del primer plazo, y pidio se le diesse la possession, y entregasse el dicho campo de cereria: y auiẽdose mandado al dicho Benito Gomez, y notificadosele lo entregasse, por parte de doña Ysabel Camacho su muger se salio contradiziendo, pidiẽdo se auia de acumular este pleyto executiuo a la demanda ordinaria que tenia puesta a Francisco Iorge, sobre la nulidad y rescisiõ de la dicha escritura de venta, por dezir se auia hecho en fraude, y perjuyzio suyo. Francisco Iorge lo contradixo: y concluso huuo auto del Alcalde mayor, y del Licenciado Fernãdo de Meneses su acompañado, en que se denegò la dicha acumulacion, y se mandò dar la possessiõ del dicho campo a Francisco Iorge: de que se apelò por parte de doña Ysabel. Y aunque por la de Francisco Iorge se insistio en que sin embargo de esta apelacion se auia de executar el dicho auto, el Alcalde mayor lo remitio a esta Chancilleria, dõde se ha dicho por parte del dicho Francisco Iorge de bien sentenciado, en quanto a el auto del Alcalde mayor, y su acõpañado, y agrauios de no auerlo executado. Y por la de doña Ysabel se han expressado

ſado del dicho auto, pretendiẽdo ſe ha de reuocar, y denegar a Franciſco Iorge la poſſeſsion que pide, y ſe ofrecio a prouar: y por auto de viſta eſtà denegada la prueua, de que ſe ha ſuplicado por ſu parte: y por la de Franciſco Iorge ſe pretende ſe à de confirmar; lo qual con breuedad procuraremos fundar en eſte papel.

3 ¶ La eſcritura que trata Franciſco Iorge de executar no contiene obligacion de cantidad, ſino de entrega de coſa cierta, como lo es el dicho cãpo de cereria, y aſsi no ſe pueden aplicar a eſte caſo las reglas de las execuciones que ſe hazen por cantidad, porque en ellas ſe obſerua diferente forma que en las obligaciones, alicuius rei præſtandę, ſeu tradendę, aſsi reſpeto del modo de la execucion, como de las excepciones, y opoſiciones q̃ ſe deuen admitir, in obligationibus namque quantitatis ſe traua primero la execuciõ, ſe dan los pregones, ay citacion de remate, encargamiento de los diez dias, y ſe obſerua en todo la forma de la *l. 19. tit. 21. lib. 4. recopil.* y qualqualquiera opoſiciõ de tercero, aunque ſea de quien no pretenda dominio ni poſſeſsion en las coſas executadas, ſino otro qualquier derecho, ſe deue admitir, iuxta doctrinã Innocentij, *in cap. veniens, el ſegundo, num. 2. de teſtib.* Bart. *in l. à Diuo Pio, § ſi ſuper rebus, n. 3. ff. de re iudic.* & vtrobique notant cæteri Paz, *in prax. 4. p. tom. 1. cap. 3.* Salgad. *de Reg. protect. 4. p. cap. 8. n. 65.* & probatur in *l. 41. tit. 4. lib. 3. recop.*

4 ¶ Pero quando ſe trata de executar ſentencia, o inſtrumento en que vno eſtà condenado, o obligado a entregar alguna coſa cierta, ſe deue entonces proceder por via de apremio, compeliẽdo al reo obligado a que entregue la coſa, o echãdole manu militari de la poſſeſsion della, y entregandoſela al actor en cuyo fauor ſe otorgò la obligacion, vt probat text. in *l. qui reſtituere. 68. ff. de rei vindicat.* ibi: *Siquidem habet rem manu militari officio iudicis ab eo poſſeſsio transfertur,* tradit elegãter Bald. *in l. vnica, num. 61. C. de ſentent. quæ pro eo quod interſt,*

Roderic.

Roderic. Suar. in *l. post rem iudicatam, in declarat. legis Regni, extens. 3.* Paz, *in prax. 4. p. 1. tom. cap. 1. nu. 51.* Parlador. *lib. 2. quotid. cap. fin. 5. p. §. 2. nu. 4. & lib. 1. cap. 10. num. 1. & 2.* & alijs adductis Salgad. *4. p. cap. 5. à num. 25. cum pluribus seqq.* qui ex *num. 29.* cum Paradorio recté contendit stricto iure, nec vllam citationem, seu præceptum hoc casu venditori fieri debere.

5 ¶ Y es tan priuilegiada la execucion de semejantes contratos, o senté̃cias, que no se admite oposició alguna de tercero, ni se tiene por legitima para impedirla, o suspenderla; sino es q̃ el tal tercero sea verdadero posseedor de la cosa, super cuius traditione agitur; adeó que no bastara alegar dominio, o otro qualquier derecho para que su oposicion se admita, y suspenda la execucion, sino se alega verdadera y actual possesion, vt probat text. elegás in *l. is à quo 58. cum l. sequenti, ff. de rei vindic. l. penul. ff. de petitio. hæredit.* Innocent. & cæteri, *in cap. veniens 38. de testib.* Bart. *in l. à Diuo Pio 15. §. si super rebus, nu. 3. vers. Oppono, ff. de re iudic.* ibi: *Quandoque fit executio in re petita, & tunc aut illa res à nemine erat possessa, & tunc quilibet tertius veniens impedit executionem, argumẽto l. vltim. C. de edicto Diui Adrian. Tollen. & in cap. veniens. extra de testib. si vero illa res non vacabat, sed ab alio erat possessa. Tunc tertius veniens, non impedit executionem, sed cauebitur de indemnitate possessori, vt l. is à quo supra, ff. de rei vindicatione, &c.* Sequũtur ibi: *Alex.* & Ias. Angel. *in l. à sententia 5. sub nu. 7.* versic. *Aduertas tamen, ff. de appellat.* Lanzelot. *de attentat. 2. p. cap. 12. limitat. 14. num. 9. in fin.* Osac. *decis. 8. num. 3.* Sigismund. Scac. *de appellat. q. 17. limitat. 6. membr. 4. à num. 81.* Dom. Couarr. *practicar. cap. 16. num. 3.* vers. *His tandem,* laté Salgad. *p. 4. cap. 8. à num. 67.* Cancer. *2. p. var. c. 16. à n. 72.*

6 ¶ Sin que aun sea necessario dar la cautió y fianças que los dichos textos requieren, sino es q̃ el tercero opositor, antes huuiesse mouido pleyto sobre la misma cosa al reo; quoniam si antea iudicium non erat cæptum, nec lis pendebat inter tertiũ

 opposi-

õppositorem & reum, nulla cautio reo ab actore est præstanda, vt notant *Abb. in cap. cum super*, 17. *n.* 15 *de sententia, & re iudic.* Dom. Couar. *practic. cap.* 16. *n.* 3. Salgad. *dict. c.* 8. *à num.* 68. Iacob. Cancer. 2. *p. var. cap* 16. *n.* 74.

7 ¶ Y conforme a estas resoluciones que son ciertas y innegables; aũque doña Ysabel Camacho pretenda qualquier derecho al Campo de cereria, sobre que se litiga, sino es verdadera y actual possecdora del, no será legitima su oposicion, ni se aurà de admitir, ni por ella se deuera suspender la execucion del dicho contrato, y consiguientemente se aurà de denegar la prueua q̃ ofrece, pues sino es legitima, ni deue admitirse su oposicion, frustra de eius probatione agendum erit, iuxta *l. ad probationẽ, C. de probat. l.* 4. *titul.* 6. *lib.* 4. *Recopil.* aunque se ofrezca incontinenti; vt animaduertunt Doctores omnes supra adducti num. 5.

8 ¶ Reconociendo los Abogados contrarios la fuerça desta proposiciõ, insisten en que por auerse cõprado y adquirido, constãte el matrimonio, el dicho cãpo de cereria se le comunicó y adquirio, luego ipso iure el dominio y possession de la mitad del, aunque lo huuiesse comprado solo Benito Gomez su marido, ex traditis á Roderic. Suar. in *l.* 1. *titul.* 3. *de las ganancias, lib.* 3. *for. nu.* 58. Gutier. *lib.* 2. *pract. q.* 118. *à num.* 4. Valasc. *de partionib. cap.* 5. *à nu.* 9. Ioan. Garcia, *de coniugali. ac quæstu n.* 65. Mar. Giur. pluribus adductis *ad consuetudines Mesanenses, cap.* 1. *glos.* 5. *à n.* 20. Y que asi auiendosele transferido la possession, y juzgandose desde luego, que se adquirio el dicho campo posseedora del, viene a ser legitima opositora, y se verifican en ella las resoluciones que hemos traydo.

9 ¶ Pero a esto se satisfaze, con que aunque demos que la opinion referida en el numero antecedente sea la mas verdadera (que no carece de dificultad, pues lo contrario defendio con muchos fundamentos Telius Fernandez in *l.* 16. *Tauri. à nu.* 9. *cum seqq.* aquien siguen otros) esto lo entienden los

mismos

mismos Doctores que lleuan aquella opinion, que el dominio y possession que se adquiere a la muger, constante el matrimonio, es solamente in habitu, & credito, & sine effectu: quoniam administratio, omnesque dominij & possessionis effectus residēt, dumtaxat in marito, & donec matrimonium disoluitur, dominium & possessio vxoris non exit in actum; vt erudite obseruauit Rodericus Suarez, *dict. tit. de las ganancias, nu.* 58. Dom. Couar. *lib. 3. variar. cap.* 19. *num.* 2. Petrus Barbossa, *in rub. ff solut. matrimonio,* 2. *p. num.* 60. & pluribus adductis à Matienço, optimé in *l. 2. glos. 3. nu.* 18. *titul. 9. lib. 5. recopil.* ibi: *Aduertere tamē oportet teste eodem Gregor. Lop. quod licet ipso iure quæratur vxori, dominium, & possessio rerum, constante matrimonio quæsitarum, non tamen eo constante acquiritur cū effectu, donec solutum sit matrimonium, & sic finita societas, nec eo constante dominium, residet in muliere proprie, in actu, sed in credito, vel habitu: & iste habitus non habet effectum realem, cum absque fraude possit maritus, quæsita constante matrimonio alienare, & de eis disponere: itaque dominium hoc quasi nebula detentum est quæ durat, donec soluatur matrimoniū, eo tamen soluto, siue per mortem, siue ex causa diuortij, siue ex alio quouis casu, quo separatio bonorū fieri debeat, veluti propter delictam cuiusque, iuxta textum in l. penult. & final, infra eodem: his omnibus casibus illud dominium velatum in habitu tantùm consistens, exit in actū, & in veram & actualem dominij & possessionis communem, &c.*

10 ¶ Eandem resolutionem sequitur ibi etiam Azeuedus *numer.* 17. Gutierrez, *lib. 2. practicarum, quæst.* 118. *numer.* 14. Hermosilla, *in l.* 55. *titul. 5 partit. 5. glos. 3. num.* 49. Auendañ. *in l.* 14. Tauri, *glos. 1. num.* 6. Marius Giurba, *ad consuetudines mesanenses, cap. 1. glos. 5. num. 27. fol. mihi* 103. & *cap. 10. glos. 7. n. 4. fol.* 634.

11 ¶ Y no siendo, como no es la muger, cōstante el matrimonio, señora, ni posseedora actual de los bienes gananciales, quamuis in habitu & credito (vt Doctores aiunt) lo sea para despues de disuelto

ſuelto el matrimonio, no puede ſer parte legitima; conſtante el, para oponerſe, è impedir la execucion, y poſſeſsion, que en virtud de ſu contracto pretende Franciſco Iorge; porque para impedirla era neceſſario que tuuieſſe actual y real poſſeſsion, y no baſta el derecho habitual que pueda tener a ella; vt in ſimili tradit Ioannes Faber, *in l. 1. C. de priuilegio fiſci, ad finem*, vbi probat non eſſe admittendum cõtradictorem ad impediendam executionem in re, quę à debitore poſsidetur, licet ipſe contendat ſe habere ius ad poſſeſsionem, ſi veré, & actualiter non poſsidet; ſequitur poſt Rupelanum Dom. Couarr, *practicarum, cap. 16. num. 4.* verſic. *Decimo*, Salgados p. 4. cap. 8. num. 92. ibi: *Idem dicunt, quod quãdò tertius allegat, non poßeſsionem, ſed habere ius ad poſſeſsionem & in ipſa poſſeſsione, quam apud ſe habet ille, qui condemnatus eſt alteri reſtituere, & tradere per executoriales: & ſic quandò non allegat ſe poſidere, ſed habere ius ad auocãdam poſſeſsionem, à condemnato aliquo remedio poſſeſſorio, audiendus iſte talis tertius nullo modo ſit, &c.*

12 ¶ Y no ſe podrá dezir, que el dominio y poſſeſsion habitual que tiene la muger, conſtante el matrimonio de los bienes ganãciales, exit in actum; ſtatim que el marido los enagena cauteloſamente en fraude ſuya, y por damnificarla; porque como entonces abutitur de la facultad y libre diſpoſicion que le dà la *l. 5. titul. 9. lib. 5. recopil.* no tiene fuerça la enagenacion y contrato, vt in eadem l. diſponitur, ibi: *Saluo ſi fuere prouado, que ſe hizo cauteloſamente por defraudar, o damnificar a la muger, &c.* Y conſiguientemente ſiendo nullo el contrato, y auiendoſe hecho en ſu fraude y perjuyzio, podrà venir contra el luego la muger.

13 ¶ Porque ſe reſponde, que como el dominio y poſſeſsion que tiene la muger en los bienes gananciales, eſt ſolum in habitu & credito, y los efectos todos eſtan ſuſpendidos, o impedidos durante el matrimonio, mientras no ſe diſuelue nullam actionem exercere poteſt, nec aliquid ex lucris petere, vt ſingulariter animaduertit Roderic. Suar. *dict.*

tit.

tit. de las ganancias, num. 58. *circa finem*, ibi: *Sed intellige quod licet sibi acquiratur dominium & possessio, tamen non cum efectu nisi soluto matrimonio; & sic finita societate, cum matrimonio constante non sint lucra, sed debet inspici tempus quo disoluitur societas, & sic tempus disoluti matrimonij, nam de iure durante societate, non agitur pro socio ad diuidendum lucra & acquisita in societate: vt dicunt plures leges pro socio, ff. & sic practicatur, quod mulier donec soluatur matrimonium, non potest agere, nec petere aliquid ex lucris, præsertim cum constante matrimonio, administratio acquisitorum durante matrimonio principaliter residet in persona mariti, &c.* Ioan. Gutierrez, *lib. 2. pract. q.* 118. *n.* 14. Mar. Giurua, *ad consuetudin. Mesanens. cap.* 1. *glo.* 5. *n.* 27.

14 ¶ Este dominio y possessiõ habitual de la muger, cõstãte el matrimonio, in actũ exire poterit, dũtaxat en caso de venir el marido a pobreza, y disipar los bienes, o cometer delicto, o auiẽdo otra causa bonorum separatio fieri debeat, vt in terminis obsa, ex qua seruauit Petr. Pechius, *de testam. coniugum, lib. 2. c. 1. n. 2. tom. 8. tractat. Doctor. part. 1. fol. mihi* 157. ibi: *Et quamũes ista communio pendente matrimonio proprie non sit in actu, sed in credito, & in habitu tamen soluto matrimonio ipso iure exit in actum, & in veram atque actualem dominij & possessionis comunionem, immo etiam constante matrimonio potest ille habitus exire in actũ, putà, si marito male versante, aut ex alia causa bonorũ separatio fiat, &c.* quem sequitur Giurb. *ad consuetudines, d. cap.* 1. *glos.* 5. *num.* 27. ibi: *Immo constante etiam matrimonio, potest ille habitus exire in actum, puta si marito male versante, aut ex alia causa bonorum separatio fiat, Pechius, dict. cap.* 1. *num.* 2. *interim vero, nec agere potest mulier, nec aliquid ex lucris petare, Suarez dict. num.* 40. *donec soluatur matrimonium, &c.* Sensit etiam Matienç. *in l.* 2. *titul.* 9. *lib.* 5. *glos.* 3. *num.* 18. cuius verba supra retulimus, *num.* 9. Y assi mismo nos lo enseñò y dio a entẽder V. S. en el *cons.* 31. ex *num.* 42. *vsque ad* 46. donde solo en caso que aya separacion de bienes, y concurran las causas de disipacion, o otras, porque se deue restituyr la dote, se

C presu-

presupone poderse por la muger pedir, o intẽtar accion alguna, en quanto a los bienes gananciales.

15 ¶ Y aunque en la enagenacion que el marido haze de algunos bienes gananciales interuẽga fraude; y demos que por esta causa la enagenacion sea nulla, ó estè sugeta a rescindirse, en quanto a la parte de la muger: non ideò dicendum, statim vxorem agere posse, seu de nulitate alienationis cõquærere; porque mientras el matrimonio no se disuelue, o se haze separacion de bienes no podrà pedir cosa alguna, por estar impedida hasta entõces de exercer sus acciones, y tener la libre administracion de los bienes el marido, vt supra probauimus. Con q̃ durante su vida es preciso se conserue el contrato, argumento tex. *in l. fin. § . sed quia nostra, & in § . sin autem. C. commun. de legat. l. seruo legato, §. 1. ff. de legat. 1.* donde aunque se prohibe la enagenacion de las cosas sugetas a fideicomisso, y ay prohibiciõ legal, vt in dictis iuribus, & in *l. Marcelus, § . res quæ, ff. ad Trebel.* Y que assi parece que la enagenacion es nulla, iuxta text. in *l. non dubium, C. de legib.* con todo se conserua durante la vida del heredero, o fideicomissario q̃ enagena, y solo despues de sus dias puede el siguiente sucessor, y llamado reivindicar los bienes, vt erudite explicat Dom. Molin. *lib. 1. cap. 16. n. 33.* quem sequuntur communiter omnes ibi adducti per Additionatores,

16 ¶ Conducit etiam lo que sucede en las cosas dotales, que aunque le es prohibido al marido enagenarlas, *toto titulo, ff. & C. de fund. dotal. § . 1. inst. quib. alienar. licet, vel non, l. 1. § . & cum lex. C. de rei vxoriæ act.* Valasc. *consultat.* 150. *n.* 6. Mar. Giurua, *ad consuetudin. Mesanens. cap.* 14. *glos.* 2. *n.* 1. y el dominio propriè, & verè etiam cõstante matrimonio, està en la muger, vt ex text. in *l. in rebus, C. de iure dot. l. assiduis, C. qui potiores in pign. l. 3. § . sed vtrum, ff de minor.* cum similibus tradunt Spino, in *specul. testamẽt. glos.* 10. *n.* 76. Gutierr. *de tutel.* 3. *p. cap.* 26. *nu.* 16. & alijs pluribus adductis Dom. Castill. *lib.* 1. *de vsufruct. c.* 4. *per tot.* maximè à *n.* 30. *cum seqq.* con todo

por

por tener la adminiſtracion y gozo de los dichos bienes el marido, y eſtar el dominio de la muger inumbratum, ſeu ofuſcatum, dum durat nexus iugalis, quo ad actiones exercendas, cæteroſque iuris effectus, vt inquit Zaſsius, *in paratitla, ff. de rei vindic. num. 13.* Barboſſa, *in l. dotalem 62. n. 4. ff ſolut. matr.* aunque el marido enagene algunos bienes dotales, y la enagenacion ſea nula por la reſiſtencia, y prohibicion legal para recuperarlos conſtante el matrimonio, vt probat text. *in l. doce 9. C. de rei vindicat.* in hæc verba: *Doce ancillam, de qua ſuplicas, dotalem fuiſſe in notione præſidis: quo patefacto dubium non erit, vendicari ab vxore tua nequyſſe*; & ibi tradunt gloſ. Bart. Salicet. & ceteri; gloſ. etiam in *l. vnica, §. & cum lex, verb. alienare, C. de rei vxor. act. & in §. 1. verb. interdicta inſtit. quib. alienar. licet, vel non*, Baez. *de non melior. filiab. c. 34. n. 4.* Ioan. Gutier. *de iuram. confirmat. 1. p. cap. 1. à num. 95.* Pinel. in *l. 1. 3. p. num. 14. C. de bon. matern.* Barboſſa, *in d. l. dotalem, nu. 1. ff. ſolut. matrim.* Y aſsi lo miſmo con mayor razon ſe ha de dezir en nueſtro caſo, que conſtante el matrimonio, no pueda la muger pedir coſa alguna, pues el marido tiene el dominio y poſſeſsion in actu de los bienes ganānciales, y la libre diſpoſicion dellos, y los puede vender y enagenar, quod in bonis dotalibus non accidit, que en ellos tiene mucho menos derecho, y facultad el marido, que en los gananciales.

17 ¶ Rurſus, no ſolo no es legitima la opoſicion de la dicha doña Yſabel, por no tener dominio ni poſſeſsion actual de los bienes gananciales, ni poder exercer accion alguna en quanto a ellos, conſtāte el matrimonio, vt remanet probatum: verumtetiam, porq̃ aunq̃ el marido no pueda enagenar, ni donar los bienes ganāciales cauteloſamēte en fraude de la muger, cōforme a la dicha *l. 5. tit. 9. lib. 5. Recop.* Eſto es, en quanto al perjuyzio de la muger, para que no pueda prejudicarle en la parte que pudiera tocarle de ſu valor: & ſic para que ſe le ſatisfaga y reſarça de los bienes del marido el daño que ſe le ſiguiere; pero no para que dexe de cōſiſtir y valer en

en todo la enagenacion que el marido huuiere hecho de la cosa adquirida, constante el matrimonio, y solo en caso que disuelto no aya bienes del, de que satisfazersele, el dicho daño podrá pretender, rescindir, o anular la enagenacion, que en su fraude se hizo: aliàs namque facilméte quedaran defraudados los terceros que contraxeron ignoranter, & bona fide con el marido, y se diera ocasion a muchos pleytos, é inconuenientes, que es lo que parece quiso euitar la *l.24.tit.13.part.5.* donde la enagenacion que haze el padre, como legitimo administrador de algunos bienes aduenticios, o maternos del hijo se conserua, y solo se le dà recurso al hijo cõtra el comprador, o tercero posseedor, en caso de no auer bienes del padre de que podersele satisfazer, vt probatur ibi: *E si por auentura en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos, que non cumpliessen, o que los ouiesse el padre embargados, o mal parados en alguna manera: entonce pueden demandar sus bienes a quien quier que los fallen, e deuenlos cobrar*: obseruat Dom. Couar. *lib.1.Var. c.8. n.5.* Ioan. Garc. *de expens. c.13. n.20.*

18 ¶ Y en terminos que la enagenacion, o donacion hecha por el marido de algunos bienes gananciales en fraude de la muger consista en todo, y se le deua resarcir el daño a la muger de los demas bienes del marido, & dumtaxat en caso de no auer otros bienes del marido de que poder satisfacersele, se le dè accion contra el comprador, o donatario pora la parte que le tocare en los bienes assi donados, o enagenados, per text. *in l incerti iuris, & in l. in familiæ, C. famil. ercisc. l. inter cohæredes, §. si cohæredes, in fin. ff. eod. l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad Trebell. l. fi. C. cõmunia de leg* & alia iura tradit *Aiora de parti. 2. p. q. 41. n. 47. & 48.* & post Ioan. Garc. & Matiẽç. obseruat erudite *Auend. in l. 17. Taur. gl. 4. num. 5.* el qual en el *num. 6.* satisface elegantemente a todo el fundamento contrario, ibi: *Neque ex l. 5. tit. 9. lib. 5. recopil. dum prohibet omnem alienationem in fraudem vxoris anullatur contractus à marito factus (cũ ex eo quod marito permittitur alienatio rectè alienat) sed*

excep-

exceptio, ibi: *Saluo si fuere prouado que se hizo cautelosamente por defraudar, y damnificar a la muger, solùm respicit damnum vxoris, ne scilicet præiuditium eidem irrogetur ex alienatione, seu donatione mariti, vnde cum deducendo tantum ex bonis communibus maneat integre suæ medietatis satisfacta, & regula legis permittentis alienationem vrgeret, & melioratio hoc modo valebit: ita intelligo Molinã, & alios, vt non valeat melioratio ad impediendam deductionem medietatis vxoris, valebit igitur, ita vt ex parte bonorum meliorantis, tám acquisitorum constante matrimonio, quàm cæterorum sit deducenda.*

19 ¶ Eandem resolutionem sequuntur Angul. *de meliorat. l. 3. gl. 4. nu. 4.* aliàs num. 8. Nauarr. *in Manual, cap. 17. n. 155. ad fin.* Rebell. *de obligat. iustit. lib. 6. sect. 1. q. 2. n. 4. ad fin.* Petr. Barbos. *videndus in l. 1. p. 1. n. 40. ff. solut. matrim.* & alijs adductis Mar. Giurb. *ad consuetud. Mesanens. cap. 1. glos. 5. n. 37.* ibi: *Ego tamen temperandum hoc esse duxi, vt subsistat alenatio ex causa, etiam donationis facta, sed ex sua tertia satisfaciet maritus vxori, & filijs damnũ, quod propter alienationem illam sunt passi, &c. & cap. 9. gl. 2. num. 14. in medio,* Hermosill. *in l. 55. tit. 5. part. 5. gl. 3. n. 54.*

20 ¶ Y asi no auiendose disuelto el matrimonio, ni llegado el caso de pedir la dicha doña Ysabel sus bienes gananciales, ni constãdo que no aya bienes del marido de q̃ satisfacersele el daño que pretende, sino antes siẽdo el dicho Benito Gomez su marido hombre de mas de quarenta mil ducados de caudal, es intempestiua, y sin fundamẽto la pretension de la susodicha.

21 ¶ Denique no se podrà pretender por la dicha doña Ysabel, q̃ por auer puesto ella antes demanda contra Francisco Iorge sobre la nulidad y rescision del dicho contrato, y estando cõtestada, y siguiendose pleyto sobre ello, no se pudo pedir execucion en virtud de la dicha escritura, ni oy tratarse de executar por la prevencion que se hizo sobre su nulidad, y rescision.

22 ¶ Porque se satisfaze con que aunque aya pleyto pendiente sobre la nulidad, o rescision

del instrumento intentada por el deudor, ò algun tercero, tamen se puede por el acreedor pedir execucion, y tratar de executarlo sin que lo impida la litis pendencia del pleyto ordinario, aliàs namq; esset in potestate debitoris, vel cuiuslibet tertij viam executiuam facilime eludere, vt in terminis originaliter tradit Innocent. *in cap. cum in iureperitus, de offic. delegat.* quem sequuntur pluribus adductis Hôded. *cons. 17. n. 45. vol. 2.* Parlador. *lib. 2. rer. quoti. cap. fin. 5. p. §. 11. n. 22. & 23.* Ioan. Gutier. *de iuram. confirm. p. 1. cap. 2. à n. 23.* Mar. Giurb. *decis. 100. à num. 3. cum seqq.* Vincent. de Franch. *decis. 670.* Cancer. *lib. 3. cap. 1. n. 54. in fin.*

23 ¶ Y antes por auer intẽtado el dicho pleyto ordinario se prejudicó la dicha doña Ysabel, para no poder despues oponerse a la execucion pedida por Francisco Iorge, deduziendo lo mismo, que por via ordinaria tenia deduzido en el otro pleyto, cum viam quam semel elegit, non possit relinquere, *l. si mulier 11. §. fin. ff. quod met. caus.* Bald. *in l. 1. in fine, C. de execut. rei iudic.* nec iudicium iam cæptum eludere, ex *l. vbi cæptum, ff. de iudic. l. 2. C. de spoliul.* ideóque viam ordinariam semel ingrediens, postea ad executiuam non potest redire, ex *l. minor. 25. annis, cui fideicommissum, ff. de minor.* Bald. *in l. 2. n. 29. C. de seruit. & aqua,* Parlador. *lib. 2. cap. fin. 5. p. §. 11. n. 20.* Mar. Giurb. *decis. 74. n. 11. & 12. & decis. 100. n. 53.* Salgad. *4. p. c. 7. n. 172.*

24 ¶ Et in specie, que deduziendose qualquier derecho por via y demanda ordinaria, no se pueda despues proponer in modum exceptionis para impedir la via executiua que intenta el acreedor ne duobus iudicijs molestetur, & contraueniatur regulæ, *l. vbi cæptum, ff. de iudicijs,* tradit post Rebuf. & alios Ceball. *de cognitione per viam violentiæ 2. p. q. 1. num. 35. & 36.*

25 ¶ Quod maximé procedit, siẽdo lo q̃ se pretẽde por la dicha D. Ysabel, cosa q̃ cõsiste en prouança, y q̃ requiere mayor conocimiẽto de causa, vt in eadẽ *l. 5. tit. 9. lib. 5. recop.* claré supponitur, ibi: *Saluo si fuere prouado, &c.* cõ q̃ no es para este juyzio executiuo,

tiuo, ni se puede ni deue admitir en el, sino se ha de reseruar para el ordinario que tiene intẽtado, iuxta tex in *l.3.§.ibidem, ff ad exhibend. l penult. C. de possil.* Parlador. *lib.2.cap.fin.5.p* §.11.*n.*40. Fontane. *tom.2. clauſ.7. glo.2. p.5. à num.*4. Salgad. 4. *p c.7. à num.*51. *&* 61. Y conociendose que es calumniosa la dicha oposicion, pues no se alega causa alguna que pueda justificar el fraude, y lesion que pretende vuo en la dicha venta, ni se puede presumir, q̃ auia de querer Benito Gomez su marido celebrar el dicho contrato, si le fuera tan perdidoso como doña Ysabel dize, ad tex. in *l. cum de indebito, ff. de probat.* y mas quãdo de sus mismas alegaciones cõsta, que el dicho Benito Gomez compró el Campo de cereria el año de 630. en seys mil ducados, y dentro de tã poco tiempo lo vendio a Francisco Iorge en casi diez mil ducados, que importa el precio de la escritura de venta, cõ los intereses dela plata. Y assi reconociendo, que en la dicha venta no huuo lesion alguna, el dicho Benito Gomez no se ha atreuido a deduzirlo, ni alegar cosa alguna, sino solo ha querido por medio de su muger, que està con el haziendo vida maridable en vna misma casa, deshazer el dicho contrato; a que no es justo se dé lugar, ni que se admita oposicion de tercero, que ni tiene derecho, ni interes alguno de presente, y es tan sospechosa de calumnia, con que deue repelerse, ad tex. *in c suscitata, de in integr. restit.* & tradita per Dom. Couarr. practic. *c.*16.*n.*2. Parlador. *lib.2.c.fin.5 p.* §.11. *nu.*60. Paz, *in prax* 4. *p.1.tom.c.*4. *n.*5. Ioan. Gutierr. *in l. nemo potest, n.*388. *&* 390.

Ex quibus omnibus clare apparet, deuerse cõfirmar el auto de vista, en que se denegó la prueua a la dicha doña Ysabel, pues su oposiciõ no es legitima, ni deue admitirse, ni aũque se prouara lo que se alega por su parte, pudiera impedir la execuciõ del dicho cõtrato. Salva in omnibus D.D.V.C.

Licenc. Herrera Pareja.

Lic. Pedro Muriel de Berrocal.